

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

152

RECURSO ESPECIAL NR 2 140 - SP (90.0001161-2)

RELATOR : O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA  
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RECORRIDO : JOSÉ DE PAULO SPALLINI  
ADVOGADOS : DRS. ADRIANA MOTTA  
                  MARIA ELENA MIRANDA E OUTROS

E M E N T A

ADMINISTRATIVO - FUNCIONÁRIO - REVISÃO DE PROVENTOS -  
PRESCRIÇÃO - CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO.

O litígio não envolve a própria gratificação, sim a aplicação de critério para fixação do quantum devido. O venerando aresto hostilizado, afastando a prescrição e determinando ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece censura. Não houve a prescrição do fundo do direito.

Recurso conhecido unanimemente e negado provimento por maioria.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Tribunal Superior de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e por maioria, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

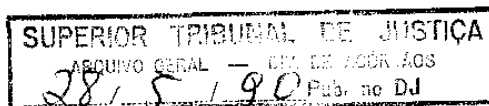
Custas, como de lei.

Brasília, 07 de maio de 1990 (data do julgamento).

  
-----  
MINISTRO ARMANDO ROLEMBERG, Presidente

  
-----  
MINISTRO GARCIA VIEIRA, Relator

090000110  
061213000  
000214000



**P.J. — TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS**

**RECURSO ESPECIAL Nº 2 140 - SP (90.0001161-2)**

090000110  
061223000  
000214070

**R E L A T Ó R I O**

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA:- A Fazenda do Estado de São Paulo, interpõe Recurso Especial, fundado na Constituição, artigo 105, III, "a" e "c" combinado com o ADCT, artigo 29, § 1º, argüindo relevância da questão federal, arrazoando que José Paulo Spallini ajuizou ação, "visando o recebimento de seus proventos de acordo com o enquadramento na Tabela I da Escala de Vencimentos 5; que em 1ª instância foi acolhida preliminar de prescrição e o processo julgado extinto, porém o segundo grau rejeitou-a.

O acórdão atacado está às fls. 137/140, é da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São paulo, dando provimento parcial para cassar o decreto de prescrição e devolver a lide para exame e decisão do mérito.

O processo não recebeu contra-razões, fls. 194v.

A douta Subprocuradoria Geral da República oferece parecer de fls. 197/202, concluindo pela incidência da prescrição no próprio fundo de direito pretendido e, logo, pelo provimento do recurso.

Na ação o Autor informa que se aposentou no cargo de Técnico de Educação, hoje Supervisor de Ensino, e que seus proventos estavam abaixo do padrão de seus colegas aposentados há menos tempo.

A decisão de primeiro grau (fls. 103/108) acolheu o tema de que foi a Lei Complementar nº 108/78 que criou e instituiu as tabelas e que a Lei Complementar nº 247/81 a repetiu e, em conseqüência, o enquadramento ocorreu em 1978, concluindo pela prescrição.

**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Nos fundamentos do acórdão, consta:

"A presente ação foi intentada em 12 de janeiro de 1987, portanto, antes do decurso do prazo de cinco anos, a contar da data da definição administrativa impugnada, razão pela qual não se justifica o reconhecimento da prescrição..."

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'E.V.' or similar, written in a cursive style.

## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2.140 - SP (90.0001161-2)

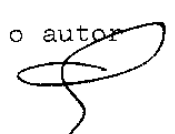
090000110  
061233000  
000214040

V O T O

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (RELATOR):- Sr. Presidente:- O Recurso Especial foi interposto no dia 08 de março de 1989, antes da instalação desta Egrégia Corte, ocorrida no dia 07.04.89 e com arguição de relevância. Ora, até esta data o Colendo Supremo Tribunal Federal exerceu "as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente" (art. 27, § 1º do ADCT). O Recurso a ser interposto, para nossa Corte Maior era o Recurso Extraordinário e não o Especial e neste não existe a arguição de relevância. Embora continue imperando entre nós o princípio da fungibilidade, no caso, por tratar de erro grosseiro, ele é inaplicável, não podendo ser aproveitado o Especial como Extraordinário, mesmo porque foi ele fundamentado no artigo 105, item III, letras "a" e "c" da vigente Constituição Federal e não na anterior.

Ainda que não tivesse ocorrido o erro grosseiro e pudesse ser aproveitado o recurso, não seria caso de provimento. Como a presente ação não se enquadra em nenhum dos incisos I a X do artigo 325 do Regimento do Pretório Excelso, e a arguição de relevância não existe no Recurso Especial, houve preclusão da matéria infraconstitucional.

O autor, pela primeira vez, em requerimento administrativo de 21 de janeiro de 1987 (doc. de fls. 16/17) pediu sua inclusão na tabela I da Lei Complementar nº 247/81 (art. 2º) e seu pedido foi indeferido no dia 15.10.87 (doc. de fls. 18/22). Como a presente ação foi ajuizada no dia 08 de janeiro de 1988, não transcorreu o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto pelo art. 1º do Decreto 20.910/32. Antes disso não foi o autor inti

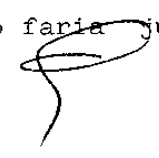


**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

mado de nenhuma decisão administrativa negando o direito pleiteado por ele em seu requerimento administrativo e nesta ação.

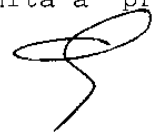
Na realidade se insurge o autor contra a forma de cálculo de seus vencimentos que, segundo ele, deve ser de acordo com a tabela I da escala de vencimentos 5 e não II da referida Lei Complementar nº 247/81, como vem sendo feito pela Administração Estadual e pede o pagamento das diferenças vencidas e vincendas.

A questão é bem conhecida desta Egrégia Seção e do Colendo Supremo Tribunal Federal que, na decisão plenária no RE nº 110.419, sessão de 08.03.89, firmou o entendimento de que, quando se trata de redução do cálculo da gratificação, a prescrição não atinge o fundo do direito e só alcança as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Por ocasião deste julgamento, o Eminentíssimo Ministro Relator, MOREIRA ALVES, em seu voto apreciou, detidamente a jurisprudência de nossa Corte Maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que a referida súmula afirma é que: "a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta". Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES a Súmula 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, "...dos seis acórdãos em que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um à prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos, os dois últimos se referem inequivocamente à hipóteses de prescrição do denominado fundo do direito: o RE 46.814, em que, para se saber se o salário deveria ser acrescido pelo pagamento dos dias de repouso, ter-se-ia de verificar se o empregado seria mensalista (caso em que não faria jus



**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ao acréscimo) como sustentava o empregador, ou não, como pretendia o empregado e lhe proporcionaria o aumento salarial; e os ERE nº. 5.813, em que os embargantes se insurgiam contra a transferência ex officio para outra carreira. Já os quatro primeiros são concernentes à prescrição apenas das prestações vencidas, e não do fundo do direito. O primeiro deles - Os ERE 20.508 - versava sobre empregado que exerceu interinamente uma outra função e nada reclamou contra o salário que lhe foi pago durante ano e meio; voltou, então, à sua função primitiva e só veio a reclamar sobre o quantum recebido durante a interinidade depois de decorridos dois anos; a minoria entendeu que o direito de pleitear a diferença salarial estava prescrito; já a maioria sustentou a tese de que "no caso de remuneração de serviço a prescrição ocorre à proporção que as prestações foram incorrendo no respectivo prazo". O segundo - os ERE 56.342 - dizia respeito a reclamação sobre duas gratificações: uma de meio de ano (que havia sido suprimida em 1951, vários anos antes da propositura da ação) e outra natalina (que, em 1951, teve seu percentual diminuído para 1/2 do salário ao passo que até então era de 2/3 e, só em 1957, extinta); a Justiça do Trabalho, deu pela prescrição da própria pretensão ao restabelecimento da primeira gratificação (por já estar extinta havia mais de dois anos antes da reclamação) e pela prescrição apenas das prestações vencidas antes dos dois anos anteriores à propositura da reclamação, no tocante à natalina (que, evidentemente, quanto à sua extinção estava dentro do prazo dos dois anos), estabelecendo que os empregados fariam jus a ela por ter sido ilegalmente extinta, e o percentual a ser pago seria o de 2/3 do salário e não o de 1/2, tudo isso com base no fundamento da habitualidade; esta Corte, manteve a prescrição à própria pretensão do estabelecimento da primeira gratificação, sob o argumento de que "negado o próprio direito, há mais de dois anos, a prescrição não se limita a pres



REsp. 2.140-SP


Voto - fls. 4

**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

tações anteriores"; e quanto à natalina não foi ela chamada a manifestar-se sobre a prescrição, mas quanto à habitualidade para o efeito do restabelecimento da gratificação, decidiu que a Justiça do Trabalho havia julgado acertadamente. O terceiro aresto - RE 36.735 - dizia respeito a benefício coletivo, e a prescrição se limitou às prestações vencidas, sob este fundamento: "Não dou pela prescrição, eis que não se trata de alteração contratual e sim de benefício coletivo, caso em que a prescrição abrange apenas as prestações anteriores a dois anos, quando do ajuizamento da reclamação". Finalmente, o quarto acórdão - RE nº 37.743 - decidiu a questão concernente à diferença de salário com base em aumento concedido em dissídio coletivo, e se manifestou no sentido de que, vigente o dissídio coletivo, a prescrição relativa à diferença salarial alcançava apenas as prestações vencidas.

Portanto, embora nenhum desses seis acórdãos tenha tratado de hipótese rigorosamente análoga à sob julgamento, o que é certo é que eles, quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem ou não, direito a essa diferença, em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram por se tratar de quantum devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do fundo de direito, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma. Ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado (se mensalista, ou não), ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência ex officio de carreira.

Assim, sendo, o enunciado da súmula já por si só não trata da questão em causa - como se demonstrou no início - nem qualquer dos acórdãos que lhe serviram de base decidiu em sentido contrário ao aresto ora recorrido, é manifesto que não há divergência com a Súmula 443.



**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Para ele o que dizem estes acórdãos é que "negado o próprio direito, a prescrição não se limita à prestações anteriores, mas alcança a própria pretensão àquele". Na espécie não se pretende a própria gratificação e sim a aplicação de critério correto para a fixação do quantum devido aos autores. Direito de ter referida gratificação não é a mesma coisa que direito a um determinado critério para o cálculo do quantum. Esta distinção é muito bem feita pelo Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES em seu citado voto. Esclareceu ele que os acórdãos nos quais se apóia a Súmula nº 443, distinguem "o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do quantum dessa vantagem, para considerar que, no último caso, só ocorre a prescrição das prestações vencidas". Acentua ele que, nestes acórdãos, "quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem, ou não direito a essa diferença em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de quantum devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do fundo de direito, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado. Se mensalista, ou não, ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência ex officio de carreira". Citou ele o precedente no RE nº 93.875 sobre a prescrição referente a pretensão sobre critério de cálculo do quantum de gratificação incontroversa da 2ª Turma, com a seguinte ementa:

"Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que, em



**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).

Recurso extraordinário não conhecido" (RTJ nº 101/816).

Após citar e examinar vários outros precedentes da Excelsa Corte, concluiu que:

"Fundo do direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc). A pretensão do fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias de correntes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações posteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a quantum, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32 que reza:

"Art. 3º: Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto".

Se - como está expresso nesse dispositivo legal - a pretensão à prestação legalmente devida (que é



**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

simplesmente um quantum) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento tudo o que a esse quantum, que é a prestação, está indissolvemente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) só rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a existência incontroversa do fundo do direito, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer - e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse a pesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário - se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

Dessa orientação não se afasta o decidido no RE 112.649 (e o mesmo ocorre com as decisões idênticas aí citadas), ao contrário do que sustenta o eminente relator, no voto proferido no presente recurso extraordinário".

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator Eminente Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, publicado no DJ de 14.04.89, que trata de ação proposta por oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, visando retificação de cálculo da gratificação de nível universitário e tem a seguinte ementa:

"Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE 110.419 (sessão de 08.03.89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação



**P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ção (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356".

Na realidade o venerando aresto hostilizado, ao afastar a prescrição e determinar ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece qualquer censura porque, de fato, não houve a prescrição do fundo do direito.

Conheço do recurso apenas pela divergência e lhe nego provimento.



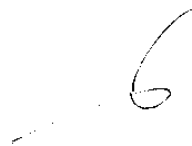
P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2.140 - SP

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLEMBERG (PRESIDENTE):- Data venia do Eminente Ministro-Relator, considero que arguição de relevância feita em recurso extraordinário ou especial, quando já em vigor a Constituição de 1988, porém antes da instalação deste Tribunal, não caracteriza erro grosseiro capaz de afastar o conhecimento do recurso.

Por isso, conheço do recurso e, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, dou-lhe provimento, por entender que, no caso, ocorreu a prescrição.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.140 - SP

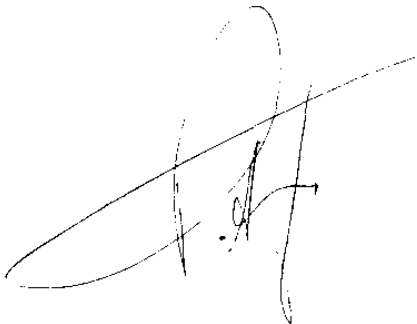
V O T O

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: -

Senhor Presidente, acho que, nesta primeira parte do conhecimento, estou de pleno acordo com o Eminentíssimo Ministro Armando Rollemberg, pois também considero erro grosseiro. O Sr. Ministro-Relator entendeu que houve esse erro, porque foi admitido recurso especial e não extraordinário, já na vigência da nova Constituição. A finalidade desta Corte é apreciar o recurso, sempre que possível, a não ser que seja um erro grosseiro.

Também conheço do recurso e nego-lhe provimento, de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.



## P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

090000110  
061243000  
000214010

## EXTRATO DA MINUTA

REsp. 2.140-SP (90.0001161-2) Rel. Sr. Min. GARCIA VIEIRA.  
Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: José de Paulo Spallini. Advs. Drs.: Adriana Motta e Maria Elena Miranda e outros.

DECISÃO: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rolemberg, negou-lhe provimento. (1a. Turma: 07.05.90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rolemberg, Pedro Acioli, Geraldo Sobral e José de Jesus.  
Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLEMBERG.

  
Linete Maria de Paula Batista  
Oficial de Gabinete  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA